

SOMMAIRE

- De quelques aspects juridiques du mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics, par A.L. Durviaux et T. Delvaux 429
- Cour constitutionnelle - Juges - Indépendance et impartialité - Demande de récusation - Notion d'impartialité objective - Particularités du contentieux constitutionnel - Composition équilibrée de la Cour constitutionnelle - Absence de récusation pour cause d'activités académiques - Absence de récusation pour cause d'appartenance à la franc-maçonnerie - Absence de récusation pour opinion émise par un juge dans des ouvrages - Absence de comportement justifiant une suspicion.
(Cour const., 13 octobre 2009, note) . . . 438
- Récusation - Matière répressive - Recevabilité de l'incident - Délai - Avant le commencement de la plaidoirie - Cause de récusation survenue après la première audience - Récusation à proposer avant l'audience suivante, quel qu'en soit l'objet.
(Cass., 1^{re} ch., 21 avril 2011, conclusions de Th. Werquin, note) . . . 441
- Récusation - Moyens de récusation - Recevabilité - Moyens proposés dans des conclusions prises postérieurement au dépôt de l'acte de récusation - Irrecevabilité - Procès équitable (oui).
(Cass., 1^{re} ch., 21 avril 2011) 447
- Récusation - Délai - Cause(s) de la récusation survenue(s) après le commencement de la plaidoirie (article 833, C. jud.) - Requête à introduire aussitôt que la cause est connue, à la première audience utile.
(Bruxelles, 17^e ch., 14 décembre 2010, note) 448
- Expertise judiciaire - Expert - Récusation - Suspicion légitime - Application - Expert appartenant à un groupe de travail scientifique auquel participent l'avocat et le conseil technique d'une partie - Réunions épisodiques sans lien avec la mission de l'expert - Publicité de l'existence du groupe de travail - Rejet de la demande de récusation.
(Civ. Bruxelles, 6^e ch., 30 novembre 2010) 450
- Récusation - Juge - Délai - Avant le commencement de la plaidoirie (article 833, C. civ.) - Cause - Suspicion légitime (article 828, 1^o, C. jud.) - Tentative de conciliation spontanément proposée par le juge - Motif de récusation (non).
(Civ. Bruxelles, 9^e ch., 4 novembre 2010) 452
- Expertise judiciaire - Expert - Récusation - Motifs - Suspicion légitime - Expert assistant, en qualité de conseil technique, les adversaires d'une des parties dans d'autres causes - Accueil de la demande de récusation.
(Civ. Bruxelles, 6^e ch., 5 octobre 2010) . . . 453
- Chronique judiciaire :
Billet de la semaine - Bibliographie - La documentation juridique des magistrats - Échos - Dates retenues.

DOCTRINE

De quelques aspects juridiques du mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics

LORSQUE LE MÉCÉNAT prend la forme de la réalisation d'une prestation en faveur d'un pouvoir public, il pose des difficultés particulières en raison des contraintes qui s'imposent au bénéficiaire. Utile au financement privé de la culture, le mécénat tend à se développer dans d'autres champs de l'action publique. Il n'est plus rare que des entreprises proposent « gratuitement » des services ou fournitures aux pouvoirs publics, suscitant à la fois enthousiasme et méfiance. En droit civil belge, les qualifications des opérations de mécénat sont variées : libéralités (et donations) si le caractère gratuit est retenu et l'animus donandi démontré dans le chef du mécène; contrat d'entreprise, de travail ou de bail, si l'opération est considérée comme conclue à titre onéreux. Au regard du droit des sociétés, l'entreprise mécène doit escompter un avantage économique — fût-il purement hypothétique — en contrepartie de l'acte de mécénat. Le droit des sociétés ne requiert cependant pas que cet avantage ou contrepartie soit équivalent. La question de la contrepartie rebondit dans l'approche du droit public économique au sens large (aides d'État et marchés publics). En définitive, l'étude met en évidence la difficulté de concevoir la « gratuité » dans le chef d'un opérateur économique, au sein d'une économie sociale de marché, et illustre la délicate appréhension du caractère onéreux dans la définition communautaire du marché public dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

1

Introduction

1. La réalité économique de l'opération de mécénat est largement occultée par son nom et par le prestige des puissants protecteurs des arts qui s'y sont adonnés au fil de l'histoire¹. D'un point

de vue purement prosaïque, une opération de mécénat implique qu'un agent économique (le mécène) réalise une prestation, verse de l'argent ou cède un bien au profit d'un tiers (le bénéficiaire) en échange d'une contrepartie qui peut être (i) totalement inexistante, (ii) d'une valeur inférieure à celle du geste du mécène voire (iii) égale ou supérieure à celle-ci.

Sous l'angle juridique, cette schématisation recouvre potentiellement toutes les formes de contrats², mais elle souligne les difficultés d'une qualification en droit.

(1) Même si ces exemples historiques n'ont guère de point commun avec le caractère désintéressé que l'on prête aujourd'hui au mécénat, puisqu'alors cette opération était tout autant destinée à favoriser un artiste qu'à profiter au mécène sur le plan patrimonial, social ou religieux.

(2) Contrats parmi lesquels on retrouve en droit belge, lorsqu'il y a contrepartie versée par le tiers, le contrat d'entreprise.

Elle s'expose également aux reproches suivants : (i) pour un idéaliste, le mécène doit poursuivre un objectif nécessairement altruiste et poser un acte purement gratuit, (ii) pour un critique moins catégorique, le mécène ne peut avoir d'intérêt direct à l'opération (ce qui laisse entendre qu'il peut avoir un intérêt indirect et revient sur l'idée d'altruisme et de gratuité), (iii) pour un pragmatique, le mécène ne peut obtenir qu'un avantage en termes publicitaires et de réputation (notions floues et qui désignent en tout cas une contrepartie dotée d'une valeur économique) ou (iv) pour un pragmatique d'une autre espèce, seule compte l'absence d'équivalence entre les prestations réciproques du mécène et du bénéficiaire (notion également difficile à cerner, puisqu'elle a trait à la valeur des choses). Ces reproches — fondés sur des conceptions différentes de ce que doit être le mécénat — montrent à leur tour que le point le plus discuté est celui de la contrepartie que le bénéficiaire consent au mécène. Cette contrepartie peut être conçue d'une manière totalement différente d'une opération de mécénat à une autre, on vient de le voir. La détermination du régime juridique applicable ne saurait dès lors se fonder sur la seule qualification de « mécénat », mais requiert d'examiner les caractéristiques de telle opération au cas par cas.

2. Nous n'évoquerons les différentes conceptions de ce que doit être le mécénat que dans une perspective limitée : l'opération de mécénat qu'une entreprise (le « mécène ») peut réaliser en faveur d'un pouvoir public (le « bénéficiaire »).

Ce mécénat pose des difficultés particulières en raison des contraintes qui s'imposent au bénéficiaire. S'il est une composante importante du financement privé de la culture, à côté de divers incitants fiscaux³, il pourrait également se développer dans d'autres champs d'action des pouvoirs publics. Il n'est pas rare que des entreprises proposent « gratuitement » des services ou des fournitures aux pouvoirs publics. Ceux-ci peuvent-ils les accepter sans autre forme de précaution?

3. Afin de donner des pistes de réponses à cette question, et après avoir rappelé l'origine française de certaines distinctions (2), l'on se propose d'examiner l'encadrement juridique du mécénat sous l'angle du droit civil (3), du droit des sociétés (4), du droit fiscal belge (5) avant d'envisager celui-ci sous les angles du droit de la concurrence (6) et du droit belge et européen des marchés publics (7). Un court détour par le droit comparé (8) précèdera la conclusion (9).

2

Mécénat ou parrainage (sponsoring)?

4. Le droit français distingue les deux notions, essentiellement pour des considérations fiscales :

(3) Cfr A. VINCENT et M. WUNDERLE, *Le financement privé de la culture*, Dossier du C.R.I.S.P., n° 74, novembre 2010, 84 p.

« le mécénat : soutien matériel apporté, sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général »⁴; un auteur ajoute que ceci « n'exclut pas une contrepartie, même matérielle, indirecte » et qu'entendu dans ce sens, le mécénat relève en France « du régime spécifique des libéralités fiscalement déductibles »⁵;

« le parrainage : soutien matériel apporté à une manifestation, à une personne, à un produit ou à une organisation en vue d'en retirer un bénéfice direct »; cette opération étant destinée « à promouvoir l'image du parrain », elle comporte « l'indication de son nom ou de sa marque »⁶. Entendu dans ce sens, le parrainage correspond en France à « une prestation de nature commerciale qui, accomplie dans l'intérêt direct de l'entreprise, est en principe passible des mêmes impôts et taxes que toute activité de type publicitaire »⁷.

5. En revanche, le droit belge ne définit ni l'une ni l'autre de ces notions⁸, ce qui n'empêche pas la doctrine belge de tenter de les distinguer... tout en reconnaissant la difficulté de l'opération en pratique : le mécénat serait un acte à titre gratuit dans le chef du mécène, alors que le *sponsoring* serait un acte à titre onéreux dans le chef du *sponsor*⁹. Certains auteurs se réfèrent par ailleurs à des critères plus économiques que juridiques : le mécène assumerait un risque important, alors que le *sponsor* chercherait à le réduire¹⁰, etc.

En réalité, en droit belge, la distinction entre mécénat et *sponsoring* n'a pas lieu d'être¹¹. Dès lors qu'aucune norme de droit belge de droit positif¹² ne définit ces notions, aucun effet juridique distinct ne leur est attaché. Les développements qui suivent emploient uniquement le

(4) Annexe I de l'arrêté français du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière, J.O.R.F. du 31 janvier 1989, v° « Mécénat ».

(5) X. DELSOL, *Mécénat et parrainage - Guide juridique et fiscal*, 3^e éd., Juris associations, Lyon, 2003, p. 27.

(6) Annexe I de l'arrêté français du 6 janvier 1989 précité, v° « Parrainage ».

(7) X. DELSOL, *op. cit.*, p. 27.

(8) A. RAYET, *Sponsoring et mécénat*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 9 et 15.

(9) V. SIMONART, « L'entreprise et le mécénat », *R.D.C.*, 1992, n°s 3 et 38, p. 579 et pp. 595-596; J. AUTENNE, « Mécénat et sponsoring : la frontière entre la libéralité et la dépense professionnelle », in *Mécénat d'entreprise : un win-win pour tous!*, Courtrai, U.G.A., 2007, p. 51; G.-L. BALLON, « Sponsoringcontract », *NjW*, 2009, n° 28, p. 298 (qui retient de manière quelque peu contradictoire la qualification de contrat à titre gratuit pour le mécénat tout en indiquant que le geste du mécène a une contrepartie : la mention de l'entreprise comme mécène). *Contra* : A. RAYET, *Sponsoring et mécénat*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 23, 24, 35, 36 et 135, qui rejette le caractère gratuit du mécénat d'entreprise (et l'assimile donc au *sponsoring*).

(10) C. PILOT, « Mécénat et sponsoring : contours et enjeux », in *Mécénat d'entreprise : un win-win pour tous!*, Courtrai, U.G.A., 2007, p. 51.

(11) A. RAYET, *Sponsoring et mécénat*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 23, 24, 35, 36, 38, 48 (note 143) et 135.

(12) Plusieurs propositions de loi ont été déposées au Parlement, sans suite à ce jour. Cfr notamment : proposition de loi du 13 septembre 2010 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en vue de promouvoir le mécénat d'entreprises, *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53-154/01; proposition de loi du 12 octobre 2010 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992, le Code de la taxe sur la valeur ajoutée et l'arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992, visant à encourager le mécénat, *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53-359/01; proposition de loi du 10 novembre 2010 relative au mécénat, *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53-549/01.

terme de « mécénat », mais ce terme pourrait être indifféremment remplacé par celui de *sponsoring*. La seule distinction juridiquement déterminante — en tout cas en droit fiscal et en droit des marchés publics (cfr ci-dessous) — est celle qui repose sur la présence ou non d'une contrepartie procurée au mécène.

3

Mécénat et droit civil belge

6. Comment qualifier le mécénat, dès lors que, comme on l'a vu ci-dessus, celui-ci n'est pas organisé par le droit belge?

Dès lors que l'opération de mécénat affecte le patrimoine du bénéficiaire et que ce dernier doit évidemment accepter l'intervention du mécène, fût-ce de manière tacite, le caractère *contractuel* du mécénat ne fait pas de doute.

7. Ce contrat est-il à titre gratuit ou à titre onéreux? L'article 1106 du Code civil énonce que « Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose », la doctrine y ajoute l'obligation de ne pas faire quelque chose¹³. Un auteur propose une autre définition qui aboutit au même résultat : le contrat à titre onéreux est celui qui fournit un avantage économique aux deux parties; si seule l'une d'elles bénéficie d'un tel avantage, le contrat est à titre gratuit¹⁴. La prestation ou l'avantage économique promis(e) de part et d'autre est un avantage évaluable en argent¹⁵.

Il s'en déduit que, si le bénéficiaire s'engage à fournir un avantage économique au mécène (ne fût-ce qu'un avantage en termes d'image de marque, aussi réduit soit-il), le mécénat d'entreprise est, à strictement parler, un acte à titre onéreux au sens du Code civil.

Certains auteurs et décisions de jurisprudence ajoutent cependant une exigence d'équivalence des obligations réciproques à la définition du contrat à titre onéreux. Cette évolution doctrinale et jurisprudentielle nous paraît liée à l'admission du caractère gratuit de la donation avec charge, gratuité précisément retenue eu égard à l'absence d'équivalence entre l'objet de la donation et la ou les charges associées à celle-ci¹⁶. Cette évolution a fini par dépasser le cadre du contrat de donation : un auteur se fon-

(13) P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 64, p. 127.

(14) W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2^e éd., 2006, p. 60. Dans le même sens : C.E., 25 avril 1997, n° 66.080, *Belgian Oil Services*.

(15) R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, *Handboek burgerlijk recht*, t. III, 3^e éd., Intersentia, 2007, n° 18, p. 12.

(16) E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les donations », in A.C. VAN GYSEL (dir.), *Précis du droit des successions et des libéralités*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 235-236. Cfr également : A. WYART, « Règles communes aux libéralités », in A.C. VAN GYSEL (dir.), *Précis du droit des successions et des libéralités*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 95-96; P. DELNOY, *Les libéralités - Chronique de jurisprudence (1988-1997)*, Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2000, n° 73, p. 141. Pour un commentaire approfondi, cfr H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 6, pp. 10-13 et n° 627bis, pp. 740-743.

de sur l'article 1104 du Code civil¹⁷ (qui définit le contrat commutatif par opposition au contrat aléatoire) pour affirmer qu'en l'absence d'équivalence, s'il y a intention libérale, le contrat est à titre gratuit¹⁸.

Cette interprétation confond deux dispositions distinctes du Code civil et elle ajoute à la définition du contrat à titre onéreux par l'article 1106 du Code civil un élément non prévu par le texte. Une contrepartie réduite n'en est pas moins une contrepartie; il devrait donc y avoir contrat à titre onéreux, même en l'absence d'équivalence entre les obligations des parties¹⁹. Tel est par exemple le cas de la vente en viager, contrat dont nul ne contestera le caractère onéreux²⁰. On observera en outre que le Code civil ne sanctionne pas le déséquilibre économique de manière générale : ni la lésion²¹ ni l'erreur sur la valeur²² ne sont des vices de consentement; seuls certains déséquilibres contractuels sont corrigés par la jurisprudence (lésion qualifiée ou *culpa in contrahendo*, par exemple). Ceci explique les interventions ponctuelles du législateur exigeant un certain équilibre entre les obligations réciproques²³.

Il paraît néanmoins difficile de revenir sur cette évolution *contra legem* largement admise dans les faits — les cas de gratuité absolue paraissent du reste infiniment réduits. Cependant, outre qu'elle met à mal la cohérence des catégories de contrats, elle débouche sur un problème délicat : le Code civil ne précise pas comment doit s'apprécier l'équivalence des prestations réciproques et plusieurs méthodes sont envisageables à cet égard²⁴.

(17) « [Le contrat] est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle ».

(18) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 : *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 53, p. 71.

(19) Expressément en ce sens : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 473 C, p. 465; *ibidem*, VIII, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 6, pp. 10-13; N. CARETTE, « Koop met lijfrente - Vernietigbaarheid herbekeken », *R.W.*, 2006-2007, p. 711; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Bruges, la Charte, 2005, p. 104; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Anvers, Standaard, 1973, pp. 338 et s.

(20) Cfr par exemple : Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1863; *Pas.*, 2005, p. 1375; *Rev. not. b.*, 2005, p. 600; *R.W.*, 2006-2007, p. 724; *R.G.D.C.*, 2006, p. 602.

(21) Article 1118 du Code civil. Cfr F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XV, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles, 1878, n° 485, p. 559 (qui souligne que la théorie de Pothier sur l'équivalence des prestations dans les contrats commutatifs n'a été que partiellement admise par les auteurs du Code civil; *op. cit.*, n° 438, p. 495); P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 167, p. 266; P. WÉRY, *op. cit.*, nos 261-267, pp. 238-242.

(22) F. LAURENT, *op. cit.*, n° 485, p. 559; P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, n° 140, p. 236; P. WÉRY, *op. cit.*, n° 241, p. 224.

(23) Cfr notamment les cas limités où la lésion est admise par le Code civil (par exemple 1674 et 1907ter, C. civ.), ainsi que la prohibition des pactes léonins (article 32, C. soc., ancien article 1855, C. civ.) et la prohibition des clauses abusives par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*M.B.*, 12 avril 2010). À propos de cette dernière, on notera toutefois que l'article 73, alinéa 3, de la loi du 6 avril 2010 énonce que « [l'] appréciation du caractère abusif des clauses ne porte... ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part ». Ceci confirme une fois de plus que le droit positif belge n'est guère enclin à protéger l'équilibre économique du contrat.

Pour ce qui nous occupe, retenons qu'en droit civil, le mécénat d'entreprise peut être un contrat « en principe à titre onéreux » (selon la conception classique ou littérale²⁵) ou « à titre gratuit à moins que le mécène et le bénéficiaire n'aient des obligations équivalentes l'un envers l'autre » (selon l'évolution évoquée ci-dessus). Si le caractère gratuit de l'opération de mécénat est retenu, celle-ci ne pourra être qualifiée de libéralité (et de donation) qu'en présence d'*animus donandi* dans le chef du mécène. La doctrine est partagée sur la possibilité de remplir cette condition en cas de mécénat « intéressé »²⁶. En revanche, si l'opération de mécénat est considérée comme étant à titre onéreux, le contrat qui l'organise peut être qualifié de contrat d'entreprise, contrat de travail ou contrat de bail, notamment²⁷.

8. Indépendamment de la qualification juridique de l'opération de mécénat (et, partant, de son régime légal), il est bien entendu recommandé de préciser les droits et obligations du mécène dans un contrat écrit. Hormis des avantages évidents en termes de preuve, ceci permettra notamment de : (i) préciser qui assume la charge des risques vis-à-vis des parties et des tiers, singulièrement lorsque l'opération de mécénat implique la fourniture d'un bien ou la construction d'un ouvrage; (ii) empêcher le mécène de réaliser des prestations non souhaitées par le bénéficiaire; (iii) encadrer l'utilisation par le mécène du prestige (du projet) du bénéficiaire, voire l'utilisation de biens publics (terrain, locaux, matériel, etc.); (iv) s'il y a lieu, préciser les éventuelles obligations du bénéficiaire (aussi réduites soient-elles²⁸); et (v) éviter que le mécène ne se ravise en cours d'exécution en abandonnant le projet ou en exigeant un paiement du bénéficiaire (par le biais de la figure de l'enrichissement sans cause, par exemple).

4

Mécénat et droit belge des sociétés

9. En vertu du principe de la spécialité légale, les « personnes morales peuvent uniquement accomplir des actes correspondant aux finalités en vue desquelles le législateur les a instituées »; ce principe est assorti de sanctions : « annulation des actes accomplis » en violation de la spécialité légale, voire « dissolution de la personne morale contrevenante »²⁹.

(24) S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, nos 116-134, pp. 187-214.

(25) A. RAYET, *op. cit.*, pp. 23-24.

(26) *Pro* : V. SIMONART, « L'entreprise et le mécénat », *R.D.C.*, 1992, n° 27, pp. 590-591; *Contra* : A. RAYET, *op. cit.*, pp. 28-29 et 32 (qui ajoute que la donation devant être conclue devant notaire, elle se prête mal à l'opération de mécénat).

(27) En ce sens, à propos du contrat de *sponsoring* : G.-L. BALLON, « Sponsoringcontract », *NjW*, 2009, nos 14-19, pp. 294-295.

(28) Dès lors que le mécène jouit de droits précisés dans le contrat, le bénéficiaire aura évidemment des obligations envers lui.

(29) V. SIMONART, « L'entreprise et le mécénat », *R.D.C.*, 1992, n° 41, p. 597, qui rappelle très justement que l'opposition de la spécialité statutaire dans la s.a., la s.c.a., la s.p.r.l. et — aujourd'hui — la s.c.r.l. ne remet

Or les sociétés — hormis la société à finalité sociale — sont caractérisées par un but lucratif; peuvent-elles accomplir une opération de mécénat? La réponse est positive, mais sa justification mérite d'être affinée. Aujourd'hui, on considère qu'une société commerciale a la capacité d'accomplir des actes à titre gratuit « sans restriction »³⁰. Cette analyse nous paraît devoir être nuancée car, en réalité, l'acte « gratuit » (tel que le mécénat d'entreprise) n'est admis que parce qu'il s'inscrit dans le cadre d'une recherche de bénéfices. Il ne saurait donc être assimilé à un acte purement désintéressé. Plusieurs éléments le confirment :

— selon la Cour de cassation, « un acte de disposition à titre gratuit n'est pas nécessairement incompatible avec la nature même d'une société commerciale, sa licéité étant toutefois subordonnée à la condition que cet acte soit, fût-ce indirectement, accompli en vue d'atteindre l'objet social »³¹. Or l'objet social d'une société n'est en fin de compte que le principal moyen d'atteindre l'objectif suprême : le but de lucre³², autrement dit, l'enrichissement des associés³³. La Cour de cassation l'a d'ailleurs récemment confirmé, en cassant un arrêt qui ne précisait pas en quoi consistait l'avantage découlant pour une société anonyme d'un acte à la gratuité contestée³⁴;

— on a souligné, à propos des opérations de mécénat intéressé (notamment, le cas d'une société de tramways donnant à une commune des subsides pour l'organisation d'une fête publique, dont les participants ne manqueraient pas d'utiliser les services de transports proposés par cette même société), que : « ce ne sont point de véritables donations : ce sont des actes éminemment utiles aux intérêts de la société et qui rentrent dans la catégorie de ceux qu'un commerçant intelligent, réellement soucieux de ses intérêts, imbu d'idées modernes, l'esprit dégagé de toutes pensées de routine, peut et même doit faire »³⁵. Plusieurs auteurs vont dans ce sens, en soulignant qu'une société ne peut accomplir d'actes purement désintéressés et en épinglant la plus-value potentielle du mécénat en termes d'image de marque³⁶;

pas en cause l'opposabilité de la spécialité légale (*ibidem*, p. 598).

(30) Y. DE CORDT, C. DELFORGE, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel de droit commercial*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2009, n° 300, p. 159. Cfr également : J. AUTENNE, « Mécénat et sponsoring : la frontière entre la libéralité et la dépense professionnelle », in *Mécénat d'entreprise : un win-win pour tous!*, Courtrai, U.G.A., 2007, p. 50; V. SIMONART, « L'entreprise et le mécénat », *R.D.C.*, 1992, n° 42, pp. 598-599.

(31) Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 825; *R.W.*, 1989-1990, p. 253; *R.D.C.*, 1989, p. 878; *T.R.V.*, 1989, p. 321; *J.T.*, 1990, p. 751; *R.C.J.B.*, 1991, p. 205.

(32) Sur la distinction entre « but de lucre » (article 1^{er}, C. soc.) et « objet social » (article 69, 11^o, C. soc.), cfr J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 3^e éd., Louvain, Acco, 1975, pp. 144-146.

(33) Dans le même sens : A. RAYET, *Sponsoring et mécénat*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 36; G.-L. BALLON, « Sponsoringcontract », *NjW*, 2009, n° 29, pp. 298-299.

(34) Cass., 30 septembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1779; *Rev. prat. soc.*, 2006, p. 57; *R.D.C.*, 2006, p. 1028; *T.R.V.*, 2006, p. 592.

(35) Ch. RESTEAU, A. GRÉGOIRE et A. BENOIT-MOURY, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, Bruxelles, 1982, n° 1347, p. 566, cités par A. RAYET, *Sponsoring et mécénat*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 37.

(36) M. COIPEL, « La spécialité légale des sociétés quant à leur but et à la comptabilité des actes gratuits avec cette spécialité », *J.D.S.C.*, 2006, p. 12; P.-A. FORIERS, « Spécialité légale - Spécialité statutaire et but de lucre -

— enfin, même un auteur qui considère — un peu hâtivement selon nous — que le mécénat d'entreprise est nécessairement un acte à titre gratuit en droit civil, écrit : « Les mobiles intéressés poursuivis par le mécénat, l'amélioration de son image de marque escomptée par l'entreprise qui la pratique, la stratégie de marché dans laquelle elle l'intègre, sont autant d'éléments qui militent en faveur de la validité du mécénat au regard du principe de la spécialité légale »³⁷.

Il s'ensuit qu'au regard du droit des sociétés, l'entreprise mécène doit escompter un avantage économique — fût-il purement hypothétique — en contrepartie de l'acte de mécénat. Le droit des sociétés ne requiert cependant pas que cet avantage ou contrepartie soit équivalent (comp. *supra*, 3).

5

Mécénat et droit fiscal belge³⁸

A. Mécénat et impôts directs

10. Dans le chef du mécène, les dépenses de mécénat peuvent être déductibles en tant que frais professionnels si elles sont exposées « en vue d'acquiescer ou de conserver des revenus imposables » (article 49 du C.I.R. 1992). Ces dépenses peuvent le cas échéant être déduites dès l'année de leur paiement³⁹.

En cas de mécénat d'entreprise, il s'agira généralement de dépenses de publicité⁴⁰. Tant l'administration fiscale que la doctrine et la jurisprudence admettent qu'une dépense effectuée dans un souci d'image de marque relève de la catégorie des frais professionnels⁴¹.

À noter encore que l'« intention d'acquiescer ou de conserver des revenus imposables » suffit ; par conséquent, les dépenses de mécénat pourront être déduites en tant que frais professionnels même si la campagne publicitaire est un échec⁴².

Quelques observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2005 », *R.D.C.*, 2006, n° 6, p. 1033 ; J. MALHERBE, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2006, n° 454, p. 210 ; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Biblo, Louvain, 1996, n°s 958-970, pp. 549-555, spécialement n° 961, pp. 551 et les références à la note 1994 ; Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 1, Diegem, Kluwer, 1996, n° 900, p. 682. Dans le même sens, en droit français des sociétés : Y. GUYON, *Droit des affaires - Droit commercial général et sociétés*, 11^e éd., Economica, Paris, 2001, n° 56, p. 51 ; *ibidem*, « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », *A.J.D.A.*, 1998, p. 136.

(37) V. SIMONART, « L'entreprise et le mécénat », *R.D.C.*, 1992, n° 42, p. 599.

(38) Les développements de la présente section sont largement inspirés de : A. RAYET, *Sponsoring et mécénat*, Bruxelles, Larcier, 2009, 143 p. Il est renvoyé à cet ouvrage pour un examen plus approfondi.

(39) A. RAYET, *op. cit.*, p. 43.

(40) A. RAYET, *op. cit.*, p. 48, note 143.

(41) A. RAYET, *op. cit.*, p. 49 ; C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2008*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 167.

(42) A. RAYET, *op. cit.*, p. 51. Dans le même sens, sous la législation antérieure : S. VAN CROMBRUGGE, « De fiscale aspecten van museum sponsoring », *R.W.*, 1991-1992, n° 4, p. 1423.

Le contribuable devra par ailleurs disposer de « documents probants » établissant la réalité de ses dépenses de mécénat⁴³.

11. La loi empêche la déduction de frais présentés comme professionnels « dans la mesure où ils dépassent de manière déraisonnable les besoins professionnels » (article 53, 10^o, du C.I.R. 1992). L'application de cette disposition dans le chef du mécène est cependant limitée : dès lors que les dépenses en question sont considérées comme de véritables dépenses de publicité, elles ne peuvent être regardées comme somptuaires ou étrangères à l'activité professionnelle du mécène⁴⁴.

Par ailleurs, alors que la loi admet la déductibilité à 100% des articles publicitaires, elle limite la déductibilité fiscale des « cadeaux d'affaires » (article 53, 8^o, du C.I.R. 1992). En pratique, la distinction entre les deux notions n'est « pas toujours très nette »⁴⁵.

Les dépenses de mécénat ne sont pas, en principe, des avantages anormaux ou bénévoles (article 26 du C.I.R. 1992) dans le chef du mécène⁴⁶.

12. Dans le chef du bénéficiaire, lorsque celui-ci est une société résidant en Belgique, toutes les sommes versées par un mécène constitueront des revenus imposables si le bénéficiaire est une entité soumise à l'impôt des sociétés. En revanche, si le bénéficiaire est une commune belge ou une a.s.b.l. établie en Belgique (article 220 du C.I.R. 1992), ces sommes ne seront pas imposées dans son chef, car elles ne relèvent pas des catégories de revenus soumis à l'impôt des personnes morales (*cf.* article 221 du C.I.R. 1992)⁴⁷.

Dans ce dernier cas, le caractère non imposable des revenus de mécénat dans le chef de la commune belge ou de l'a.s.b.l. ne fait pas obstacle, dans le chef du mécène, à la déduction des dépenses concernées en tant que frais professionnels⁴⁸.

B. Mécénat et T.V.A.

13. Dans le chef du mécène, si ce dernier se limite à verser de l'argent pour soutenir un projet, un événement, etc., en contrepartie, par exemple d'une prestation de publicité que lui assure le bénéficiaire, seule la prestation de publicité du bénéficiaire sera le cas échéant assujettie à la T.V.A.⁴⁹.

En revanche, si le mécène effectue une prestation ou une livraison de bien, deux cas de figure sont envisageables :

— soit aucune contrepartie n'est exigée du bénéficiaire. Dans ce cas, la prestation ou livraison sera considérée comme une opération à titre gratuit — non soumise à la T.V.A. Ainsi, « si un sponsor [ou un mécène] cède gratuitement

à une association sportive, à un festival de musique, etc., des *tee-shirts* avec son logo ou son nom, mais qu'il n'existe aucun engagement, de la part du « sponsorisé », de faire de la publicité en sa faveur (concrètement, de porter les *tee-shirts* en question), il s'agit d'une cession gratuite, et donc non soumise à la taxe »⁵⁰.

— soit le mécène exige une contrepartie du bénéficiaire — aussi minime soit-elle mais exprimable en argent — il devra facturer la livraison de bien ou la prestation de service avec T.V.A.⁵¹

14. La base d'imposition est, pour la T.V.A., « la contrepartie obtenue... par le fournisseur du bien ou le prestataire du service, de la part de celui à qui le bien ou le service est fourni » (article 26 du Code T.V.A.). Selon la Cour de justice, cette « contrepartie constitue... la valeur subjective, à savoir réellement perçue, et non une valeur estimée selon des critères objectifs »⁵². Il s'en déduit que si « un sponsor [ou mécène] effectue une prestation de services (ou livre un bien) moyennant paiement d'une somme d'argent minime de la part du « sponsorisé », la base de calcul de la T.V.A., dans le chef du sponsor [ou mécène], est en principe uniquement ce prix reçu »⁵³.

Cependant, cette valeur « subjective » est exclue dans certains cas (liens familiaux, personnels ou financiers entre le prestataire ou fournisseur et le bénéficiaire) (articles 32 et 33 du Code T.V.A.) ; dans ce cas, la base d'imposition est alors la « valeur normale » du bien ou du service concerné (*ibidem*)⁵⁴.

15. Dans le chef du bénéficiaire, si ce dernier effectue une prestation en faveur du mécène (par hypothèse, en échange des dépenses de mécénat) et qu'il est lui-même assujetti à la T.V.A., la prestation du bénéficiaire sera également soumise à la T.V.A.⁵⁵. Si le bénéficiaire n'est pas assujetti à la T.V.A., il pourra devoir s'assujettir à la T.V.A. si certaines conditions sont réunies. Tel ne sera pas le cas si, par exemple, l'activité de publicité n'est pas exercée de manière répétée à intervalles réguliers⁵⁶.

C. Mécénat et régime fiscal des libéralités

16. Si la dépense de mécénat est effectuée sans aucune contrepartie (directe ou indirecte), elle constituera une libéralité non déductible dans le chef du mécène et un revenu non imposable dans le chef du bénéficiaire. Aucune T.V.A. ne sera due dans ce cas.

(50) A. RAYET, *op. cit.*, p. 80, mais avec des réserves.

(51) A. RAYET, *op. cit.*, p. 82.

(52) C.J.U.E., 20 janvier 2005, *Scandic*, C-412/03, *Rec.*, 2005, p. I-0074, point 21.

(53) A. RAYET, *op. cit.*, p. 85.

(54) *Cf.* à ce sujet : A. RAYET, *op. cit.*, pp. 86-89.

(55) A. RAYET, *op. cit.*, p. 97. À noter qu'en principe, « [l']État, les Communautés et les Régions de l'État belge, les provinces, les agglomérations, les communes et les établissements publics ne sont pas considérés comme des assujettis pour les activités ou opérations qu'ils accomplissent en tant qu'autorités publiques » (article 6, alinéa 1^{er}, du C.T.V.A.). Le Roi peut toutefois leur reconnaître la qualité d'assujettis dans certains cas (*cf.* article 6, alinéas 2 et 3, du C.T.V.A.). Ainsi, lorsqu'un annonceur publicitaire verse à une commune des revenus de publicité, la commune a qualité d'assujettie à la T.V.A. (P. WILLE, F. BORGER et M. GOVERS, *Handboek B.T.W. 2010-2011*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 52).

(56) A. RAYET, *op. cit.*, p. 98.

Sous l'angle des impôts directs, la loi admet la déductibilité de certaines libéralités, à certaines conditions (article 104, 3^o à 5^o, du C.I.R. 1992⁵⁷), mais un auteur estime qu'en dépit du libellé du texte légal, la dépense de mécénat réalisée par une entreprise sera toujours effectuée « en vue d'acquiescer ou de conserver des revenus imposables » et relèvera en réalité de la catégorie des frais professionnels, non des libéralités⁵⁸.

6

Mécénat et concurrence

A. Aide d'État?

17. La Cour de justice a énuméré les éléments constitutifs d'une aide d'État au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 87 du Traité CE) comme suit : « Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence »⁵⁹.

La qualification de l'opération de mécénat en « aide d'État » dépendra essentiellement de la présence et de la nature de l'avantage économique concédé au mécène par le pouvoir public bénéficiaire. Elle peut ne pas aller de soi, mais on ne saurait l'exclure d'emblée.

Par exemple, lorsqu'un pouvoir public réserve à un mécène l'utilisation exclusive d'un musée public pour recevoir ses clients pendant quelques nocturnes ou une courte période (cfr point 9.1., ci-dessous), il perd le prix de la location dudit musée qui aurait dû être versé au budget de l'État (condition de l'utilisation de ressources publiques⁶⁰) et il fournit au mécène un avantage en termes d'image de marque (condition de l'avantage reçu par le bénéficiaire de l'aide⁶¹). Cependant, il n'est pas évident que les deux autres conditions soient remplies. Ainsi, l'avantage perçu par le mécène dans un tel

cas l'a été en contrepartie d'un service rendu : l'opération de mécénat⁶². En outre, l'effet restrictif de la concurrence interétatique découlant d'une telle mesure de publicité devrait encore être démontré — ce qui requiert une analyse du marché en cause⁶³. En outre, il est possible que la mise à disposition du musée n'ait pas dépassé le plafond de l'aide de minimis⁶⁴.

B. Abus de position dominante ou concurrence déloyale?

18. Le mécène qui fournit une prestation ou un bien au bénéficiaire sans autre « paiement » que des répercussions en termes d'image de marque, pourrait se voir reprocher par ses concurrents de pratiquer des prix « non équitables » au sens de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 82 du Traité CE). En effet, une entreprise dominante pourrait, sous couvert de mécénat, pratiquer en réalité des prix inférieurs à ses coûts moyens et sacrifier ses profits à court terme pour éliminer ses concurrents du marché en cause⁶⁵. Ceci requiert cependant la démonstration d'une position dominante dans le chef de l'entreprise concernée, ainsi que la démonstration de la présence de concurrents aussi efficaces que celle-ci et menacés par la pratique d'éviction incriminée⁶⁶.

Dans la mesure où la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur s'applique, une politique de prix agressive est également susceptible d'être sanctionnée en tant qu'acte de concurrence déloyale⁶⁷. Une décision de jurisprudence va dans ce sens à propos d'un marché public⁶⁸, mais, en l'espèce, le comportement sanctionné consistait en ce que le soumissionnaire prévoyait un prix qui ne permettait pas de respecter les règles applicables fixant un salaire minimum.

Ces deux problèmes rejoignent la question des « prix anormaux » en matière de marchés publics (cfr n° 26). Il peut en fin de compte s'agir du même problème économique, mais il n'est pas certain qu'il soit résolu de la même manière dans les deux branches du droit : il pourra être licite en droit des marchés publics (cfr ci-dessous), mais illicite en droit de la concurrence.

C. Captation d'image de marque par des tiers?

19. Il peut arriver que des tiers captent à leur profit une partie du prestige de l'opération de mécénat (par exemple en s'en attribuant le mérite alors qu'ils n'y ont aucunement participé). En termes économiques, une telle attitude peut être qualifiée de « parasitisme »⁶⁹ ou d'*ambush marketing*⁷⁰.

Dans un cas comme dans l'autre, et indépendamment du caractère licite ou illicite de ces captations d'image de marque au regard des droits intellectuels, le mécène pourra inviter le bénéficiaire à prendre les mesures requises pour prévenir ou faire cesser lesdites captations. Un contrat pourra être rédigé afin par exemple d'assurer au mécène l'exclusivité de la campagne de promotion. Selon la conception du caractère onéreux adoptée (cfr n° 7), ceci pourra confirmer, le cas échéant, l'existence d'une contrepartie fournie par le bénéficiaire et, dès lors, l'absence de caractère purement désintéressé de l'opération de mécénat (il en sera de même pour tout engagement d'exclusivité pris par le bénéficiaire vis-à-vis du mécène).

7

Mécénat et droit belge et européen des marchés (et autres contrats) publics

20. La catégorie juridique des marchés publics est une notion extensive. Elle englobe la concession de travaux ou de services⁷¹. Si les concessions de service sont des marchés publics exclus du droit dérivé⁷², la Cour de justice a consacré⁷³ une obligation de mise en concurrence à leur propos.

(69) « "Problème du parasitisme" : un distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre distributeur... Des restrictions telles que l'obligation de non-concurrence peuvent constituer une réponse satisfaisante au parasitisme » (point 107 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, *J.O.U.E.*, du 19 mai 2010 n° C 130, p. 1).

(70) « L'*ambush marketing* désigne une pratique de marketing souvent utilisée par les entreprises commerciales, entre autres lors de grands événements sportifs. Au moyen de diverses techniques, en effet, les entreprises qui ne sont pas répertoriées parmi les *sponsors* officiels de ces événements parviennent néanmoins à y associer leur image » (P. VAN DEN BULCK et M. DE BELLEFROID, « Quel régime juridique pour l'*ambush marketing*? », *R.D.C.*, 2007, pp. 221 et s.).

(71) Tous sont en effet des contrats à titre onéreux, puisque les deux formes de concession sont définies par référence aux marchés publics *stricto sensu* (cfr articles 1.3 et 1.4 de la directive 2004/18/CE « La concession de travaux publics [ou de services] est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux [ou de services], à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage [ou le service], soit dans ce droit assorti d'un prix »). La différence entre ces trois formes de contrats publics porte donc essentiellement sur les modalités de la contrepartie du pouvoir adjudicateur.

(72) Articles 1.4 et 17 de la directive 2004/18/CE.

(73) *C.J.U.E.*, 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, Rec., 2000, p. I-10745; *C.J.U.E.*, 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, Rec., 2005, p. I-07287. Cfr Communica-

(57) Ainsi, la libéralité doit être faite en argent en faveur d'une des institutions énumérées par la loi; les communes ne figurent pas dans la liste (seuls les C.P.A.S. et les musées communaux sont susceptibles d'être bénéficiaires d'une libéralité déductible, cfr article 104, 3^o, c et article 104, 5^o, a, du C.I.R. 1992).

(58) A. RAYET, *op. cit.*, p. 114.

(59) *C.J.U.E.*, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH* e.a., C-280/00, Rec., 2003 p. I-7747, point 75. Jurisprudence constante depuis lors, cfr notamment : *C.J.U.E.*, 23 mars 2006, *Enirisorse*, C-237/04, Rec., p. I-2843, points 38 et 39; *C.J.U.E.*, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Rec., p. I-2941, point 56; *C.J.U.E.*, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, Rec., I-10821, point 52; *C.J.U.E.*, 2 septembre 2010, *Commission c. Deutsche Post AG*, C-399/08 P., non encore publié au recueil, point 39.

(60) La perte de ressources étatique peut constituer une « utilisation de ressources publiques » (*C.J.U.E.*, 29 avril 2004, *Pays-Bas* c. *Commission*, C-159/01, Rec., 2004, p. I-4461, point 52).

(61) Tout avantage économique est visé : non seulement les prestations positives comme les subventions, mais aussi les allègements de charges (*C.J.U.E.*, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH* e.a., C-280/00, Rec., 2003 p. I-7747, point 84).

(62) La « rémunération d'un service rendu » est toutefois un sujet controversé (cfr M. DONY, F. RENARD et C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, Bruxelles, éd. U.L.B., 2007, n° 74, p. 54).

(63) C. QUIGLEY, *European state aid law and policy*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 51.

(64) Plafonnée à 200.000 EUR sur trois exercices fiscaux (article 2.2 du règlement (CE) n° 998/2006 du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité aux aides de minimis, *J.O.U.E.* L 379, du 28 décembre 2006, p. 5).

(65) Cfr, pour des exemples de pratiques d'éviction fondées sur les prix : *C.J.U.E.*, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie* c. *Commission*, 62/86, Rec., 1991, p. I-3359, point 72; *T.P.U.E.*, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom* c. *Commission*, T-271/03, Rec., 2008, p. II-00477, point 194.

(66) Cfr la communication de la Commission, « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », *J.O.U.E.* C 45 du 24 février 2009, p. 7, spécialement points 9 à 18 et points 23 à 27.

(67) Cfr articles 101 et 102 de la loi du 6 avril 2010 (interdiction de la vente à perte), etc.

(68) Comm. Bruxelles, 4 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 109.

Au-delà de la qualification contractuelle, la Cour de justice a, dans l'arrêt *The sporting exchange Ltd*⁷⁴, étendu cette obligation de mise en concurrence aux actes unilatéraux. Dans le cas d'espèce, le principe a été affirmé dans l'exercice d'un pouvoir de police (jeux de hasard), les premiers commentateurs soulignant qu'il n'existe plus aucun obstacle à ce que le principe de mise en concurrence s'applique également à des activités privées que l'État décide d'encadrer en les subordonnant à des autorisations administratives. Pour notre propos, il faut souligner que la relation de « mécénat » peut apparaître comme une relation privilégiée lorsqu'elle se noue entre une entreprise privée et un pouvoir public, lorsque le contrat prévoit une forme d'exclusivité. Aussi, même à dépasser dans un cas d'espèce la qualification de marché public, encore faut-il se soucier de mener ce type d'opération selon le standard de la transparence administrative qui peut impliquer une mise en concurrence des projets.

Soulignons encore que le mécénat ici envisagé est ce que l'on appelle en France le « mécénat de compétence » (soit la fourniture d'un bien ou d'un service, *cfr* n° 31); aucun risque de qualification de l'opération de mécénat en marché public ne devrait se poser si l'entreprise se contente d'un don en argent au profit d'un pouvoir adjudicateur, sans autre prestation de la part de ladite entreprise.

A. Un marché public est un contrat à titre onéreux

21. La loi belge sur les marchés publics, transposant en cela littéralement le droit communautaire dérivé⁷⁵, définit ceux-ci comme des contrats conclus « à titre onéreux »⁷⁶. En revanche, ni le texte belge ni le texte communautaire ne précisent ce qu'il convient d'entendre par là. La Cour de justice a opté pour une conception large — sous réserve de ce qui sera précisé au sujet des concessions de service — puisqu'elle

considère que : « le « caractère onéreux du contrat implique que le pouvoir adjudicateur ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une prestation moyennant une contrepartie »⁷⁷.

Des commentateurs se sont référés à l'article 1106 du Code civil⁷⁸, certains d'entre eux optant explicitement pour l'interprétation nouvelle de la notion de titre onéreux exposée plus haut⁷⁹ (*cfr* n° 7). Le Conseil d'État nous paraît quant à lui avoir opté pour l'interprétation classique de cette disposition du Code civil, puisqu'il a précisé dans un de ses arrêts qu'« un contrat à titre onéreux peut également être défini comme une convention procurant un avantage aux deux parties »⁸⁰.

La Cour de justice réprovoque généralement le recours à des notions de droit national pour définir les concepts de droit européen; en bonne logique, la Cour aurait donc dû recourir à sa technique habituelle de l'interprétation fonctionnelle pour interpréter cette notion de « titre onéreux » inscrite dans le droit dérivé⁸¹, aboutissant à une interprétation extensive des éléments de la définition des marchés publics. La juridiction européenne a cependant adopté une interprétation dissonante de la notion de « titre onéreux », essentiellement pour régler le sort très controversé des concessions de services en droit communautaires⁸².

À ce jour, la Cour de justice et le Conseil d'État ont considéré comme des contreparties :

- une exonération d'un impôt accordée en échange de la réalisation de travaux⁸³;
- le droit d'utiliser l'équipement mis à disposition par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution du marché, dans le cadre d'autres activités hors du contexte dudit marché⁸⁴;
- l'engagement d'une commune de conserver pendant un certain temps des plaques indicatrices de rues, installées gratuitement par le fournisseur (qui se rémunère en vendant l'espace publicitaire disponible sur lesdites plaques)⁸⁵.

(77) C.J.U.E., 25 mars 2010, C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, non encore publié au *Recueil*, point 48; C.J.U.E., 18 janvier 2007, *Auroux e.a.*, C-220/05, *Rec.*, 2007, p. I-385, point 45; C.J.U.E., 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, *Rec.*, 2001, p. I-5409, point 77.

(78) C. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, « La notion de titre onéreux - Essai d'analyse du parent pauvre de la définition du marché public », in C. DE KONINCK e.a. (dir.) *Chronique des marchés publics 2009-2010*, E.B.P., Bruxelles, 2010, p. 231; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, Cl. DARDENNE et A. DELVAUX, *Commentaire pratique de la réglementation sur les marchés publics*, t. 1A, C.N.C., 1996, n° 22, p. 82, note 73; P. THIEL, *Memento des marchés publics 2011*, Bruxelles, Kluwer, 2010, n° 311, p. 455; F. VANDENDRIESSCHE et Ph. DE KEYSER, « Toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten », in D. D'HOOGE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, la Charte, 2009, n° 243, p. 164.

(79) *Cfr* notamment : C. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, *op. cit.*, p. 231.

(80) C.E., 25 avril 1997, n° 66.080, *Belgian Oil Services*.

(81) S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005, n° 6.19, p. 297.

(82) A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire - Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 65, pp. 82-83.

(83) C.J.U.E., 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, *Rec.*, 2001, p. I 5409.

(84) C.E., 25 avril 1997, n° 66.080, *Belgian Oil Services*.

(85) C.E., 24 janvier 1994, n° 45.178. *Cfr* à ce sujet : D. D'HOOGE, *De gunning van overheidscontracten en*

Il s'en déduit que la nature même de la contrepartie que le pouvoir adjudicateur consent au mécène ne suffira pas à écarter la qualification d'« acte à titre onéreux » et, partant, de « marché public » (ou de « concession »). Un avantage en termes d'image de marque constitue en effet pour le mécène un avantage économique appréciable en argent, c'est-à-dire une contrepartie au sens de la jurisprudence précitée.

22. S'agissant des contrats publics échappant au champ d'application des directives, mais soumis à l'obligation générale de mise en concurrence en vertu des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui traitent de la libre circulation et des principes qui en sont déduits, il convient également qu'ils soient à titre onéreux : l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 87 du Traité CE) vise en effet les services entendus comme des « prestations fournies normalement contre rémunération ». La Cour de justice a à cet égard indiqué que cette rémunération pouvait ne découler qu'indirectement de la prestation fournie⁸⁶ et ne devait pas être nécessairement payée par le bénéficiaire de la prestation⁸⁷. Ceci implique que si le pouvoir public consent une contrepartie au mécène en échange de sa prestation, le droit primaire trouvera à s'appliquer.

B. Contrepartie équivalente ?

23. La contrepartie du pouvoir adjudicateur doit-elle être économiquement équivalente à la prestation du mécène pour constituer une « contrepartie » au sens de la réglementation sur les marchés publics? Dans l'affirmative, l'opération de mécénat pourrait ainsi échapper à la qualification de marché public.

À notre connaissance, la Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion de se saisir expressément de la question. Autrement dit, en l'état du droit positif, il n'est pas certain que le fait que le pouvoir adjudicateur limite sa contrepartie à une prestation favorisant la promotion de l'image de marque du mécène (par exemple, une plaque à l'entrée du bâtiment construit ou la mention régulière du nom du mécène lors de l'utilisation du service fourni par le mécène), soit susceptible de faire échapper l'opération à la qualification de marché public⁸⁸.

24. À suivre littéralement les textes des directives, la qualification de marché public s'impose pour toute opération de mécénat s'accompa-

overheidsopdrachten, Bruges, la Charte, 1997, n° 447, p. 193; M.-A. FLAMME e.a., *Commentaire pratique*, t. 1A, C.N.C., 1996, p. 89.

(86) C.J.U.E., 5 octobre 1988, *Steymann*, C-196/87, *Rec.*, 1988, p. 6159.

(87) C.J.U.E., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, C-352/85 *Rec.*, 1988, p. 2085, point 16; C.J.U.E., 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96, *Rec.*, 2000, p. I-2529, point 56; C.J.U.E., 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99, *Rec.*, p. I-5473, point 57; C.J.U.E., *Skandia et Ramstedt*, 26 juin 2003, C-422/01, *Rec.*, p. I-6817, point 24; C.J.U.E., 11 septembre 2007, *Commission c. Allemagne*, C-318/05, *Rec.*, p. I-06957, point 70.

(88) Si elle devait s'engager dans cette voie, la Cour de justice devrait alors préciser quand la contrepartie du pouvoir adjudicateur cesse d'être purement symbolique. On a vu qu'en droit civil, la question de l'équivalence des prestations réciproques était susceptible de s'apprécier de plusieurs manières (*cfr* n° 7 dans le corps de texte).

gnant d'une contrepartie (même symbolique) accordée au mécène.

En droit civil, selon une conception classique, un contrat à titre onéreux ne requiert pas que les prestations des parties soient équivalentes⁸⁹; nous avons cependant vu que la question était débattue (*cfr* n° 7). Quoi qu'il en soit, il n'est pas exclu que la solution retenue en droit des marchés publics diffère de celle retenue en droit civil. La *ratio legis* du régime juridique des contrats publics⁹⁰ justifierait une conception large du « titre onéreux », sans idée d'équivalence. Au demeurant, le renvoi au Code civil belge pour définir cet élément de la notion de marché public n'est pas pertinent, la notion devant être interprétée à l'aune des standards usuels pour les notions issues du droit communautaire (*cfr* n° 21).

Un auteur conclut en tout cas à l'absence de marché public lorsqu'une entreprise fournit gratuitement des biens à un pouvoir public, même si elle obtient ainsi des avantages en termes d'image de marque, voire se positionne de manière privilégiée par rapport à ses concurrents pour un éventuel marché public d'entretien desdits biens; cette analyse est toutefois conditionnée à l'absence du moindre engagement de la part du pouvoir public concerné envers l'entreprise mécène ou à l'absence d'avantages économiques significatifs dans le chef de l'entreprise⁹¹. L'auteur poursuit en liant à la notion de contrepartie/« titre onéreux » une idée d'équivalence entre les prestations du pouvoir public et du mécène et plaide pour une exclusion de principe des libéralités même non désintéressées⁹².

Nul ne peut affirmer que la Cour de justice s'engagera dans cette voie étroite. La Cour a certes adopté une interprétation dissonante du caractère onéreux (*cfr* n° 21), mais elle l'a fait dans un contexte normatif et politique qui a évolué. Il s'agissait de soumettre les concessions de services publics à un principe de transparence et de distinguer cette figure juridique de celle de marché public. Si les critères de dis-

inction ne sont toujours pas limpides, le droit dérivé précise aujourd'hui clairement que les concessions de services publics sont des marchés exclus du droit dérivé. Le droit primaire impose néanmoins leur passation après mise en concurrence depuis l'arrêt *Telaustria*⁹³. Cette mise au point faite, la Cour de justice pourrait donc, sans difficulté particulière, s'engager dans une interprétation extensive de cet élément de la notion de marché public qu'est le « titre onéreux », à l'instar de celle qui a présidé à l'interprétation des autres éléments constitutifs du marché public en droit communautaire.

À cet égard, on observera que les pratiques française et belge (*cfr* section 8, ci-dessous) lorsqu'elles paraissent considérer qu'une contrepartie symbolique (image de marque) ne constitue pas une « véritable contrepartie » et écartent la qualification de marché public pour ce motif, s'éloignent de l'interprétation extensive de la notion de marché public.

25. On observera par ailleurs qu'en droit primaire, l'existence d'une rémunération suffit pour que le régime de la libre circulation trouve à s'appliquer; aucune équivalence n'est requise⁹⁴. Ceci constitue un élément de plus en faveur d'une interprétation extensive de la notion de marchés publics en droit communautaire, primaire ou dérivé.

C. Prix anormal?

26. La réglementation sur les marchés publics pourrait être considérée comme contenant une telle obligation de « contrepartie équivalente », dans la mesure où elle sanctionne les prix anormaux⁹⁵.

Cependant, on relève dans la jurisprudence belge au moins un cas où le Conseil d'État a considéré qu'un « prix égal à zéro » n'était pas anormal, l'adjudicataire ayant le droit d'utiliser l'équipement mis à sa disposition par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution du marché, dans le cadre d'autres activités hors du contexte dudit marché⁹⁶. Par analogie, si le mécène justifie son prix inexistant (ou symbolique) par l'avantage économique que représentent les retombées en termes d'image de marque découlant du marché⁹⁷, le pouvoir adjudicateur aura la possibilité de considérer ce « prix égal à zéro » comme suffisamment justifié et donc normal au regard de la réglementation sur les marchés publics.

En revanche, le mécène pourrait être inquiet par ses concurrents qui pourraient lui reprocher de se livrer à un abus de position dominante ou à un acte de concurrence déloyale (*cfr* n° 18).

Cette dernière réserve mise à part, il devient intéressant pour les pouvoirs publics d'inscrire des opérations de mécénat dans le cadre de la passation de certains de leurs marchés publics, afin d'offrir la possibilité à toutes les sociétés de proposer une opération de mécénat plus ou moins importante ou substantielle. De cette manière, le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaire et la régularité des propositions de mécénat pourraient être aisément assurés par un encadrement adéquat du cahier des charges — en matière de respect des conditions imposées ou de prix — l'opération de mécénat pouvant expliquer le niveau de certains prix (*cfr* n° 32 *in fine*).

D. Les conflits d'intérêts et les principes de bonne administration

27. Si la notion de « mécénat de compétence » est propre au droit français (*cfr* section 8, ci-dessous), il n'est pas rare que des entreprises offrent gratuitement leurs services (et compétences) pour aider des pouvoirs publics à prendre la mesure des progrès technologiques qui leur restent à accomplir pour, par exemple, entrer dans l'ère numérique ou pour améliorer la performance énergétique de leur patrimoine immobilier. Lorsque ces prestations débouchent sur des avis ou consultations, les pouvoirs publics devront veiller à ne pas utiliser ces documents sans autres précautions et sans autres engagement de quelque nature que ce soit, sous peine de susciter les conditions d'émergence de spécifications techniques discriminatoires ou d'études rémunérées susceptibles de faire naître des conflits d'intérêt⁹⁸ ou des violations spécifiques du droit des marchés publics ou des principes généraux de bonne administration.

28. La Région flamande interdit aux communes flamandes de se faire « sponsoriser » par des entreprises privées (et leur impose, par exemple, de refuser les propositions d'entreprises visant à mettre gratuitement un véhicule utilitaire — aux couleurs de l'entreprise — à leur disposition). La réglementation sur les marchés publics est invoquée dans la déclaration des autorités flamandes pour justifier l'interdiction⁹⁹.

À notre sens, cette interdiction est excessive en tant qu'elle est fondée sur une crainte de non-respect de la réglementation sur les marchés publics, puisqu'il existe des précautions particulières qui peuvent aisément être prises par les pouvoirs adjudicateurs pour éviter des transgressions à la réglementation relatives aux marchés publics (comme une prise en compte du mécénat ou *sponsoring* dans le prix du marché. Il n'est dès lors pas étonnant de constater que des plaques de nom de rues

(89) Dans le même sens, Civ. Bruxelles (réf.), 2 décembre 1998, inédit et cité par S. VAN GARSE, « Knelpunten inzake concessies », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, EBP, Bruxelles, 2009, n° 8, pp. 648-649. Comp. C. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, « La notion de titre onéreux - Essai d'analyse du parent pauvre de la définition du marché public », in C. DE KONINCK e.a. (dir.) *Chronique des marchés publics 2009-2010*, EBP, Bruxelles, 2010, p. 231, qui lisent dans le texte de l'article 1106 du Code civil que celui-ci ne requiert pas d'équivalence « parfaite ». En réalité, aucune équivalence n'est requise par cette disposition (*cfr* n° 7 dans le corps de texte).

(90) Le droit des marchés publics intéresse de près la bonne gestion des deniers publics, puisqu'il tend à organiser la passation de contrats publics par le biais d'une mise en concurrence transparente des soumissionnaires. Cette concurrence doit déboucher sur la conclusion d'un contrat aux meilleures conditions pour l'autorité publique et favoriser une utilisation efficace des fonds publics, ainsi préservés du gaspillage ou des méfaits du clientélisme. À ces considérations « classiques » du droit de la commande publique, le droit européen y a ajouté l'objectif de réalisation du marché intérieur : il s'agit notamment de favoriser une mise en concurrence s'étendant — dans la mesure du possible — à l'ensemble du marché européen et d'éviter que la passation des marchés publics ne soit entravée par des réflexes protectionnistes (A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire - Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 10, pp. 30-33).

(91) S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005, n° 6.20, pp. 297-298.

(92) *Ibidem*, n° 6.20, p. 298.

(93) C.J.U.E., 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, Rec., 2000, p. I-10745.

(94) *Cfr* C. BARNARD, *The substantive law of the EU - The four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 361. Comp. M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2002, p. 164, qui indique que la rémunération ne peut être « marginale ni accessoire ».

(95) *Cfr* notamment les articles 88, article 96, § 4, article 110, §§ 3 à 5 et article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(96) C.E., 25 avril 1997, n° 66.080, *Belgian Oil Services*.

(97) On voit mal quel autre motif pourrait être invoqué. Ceci confirme, une fois de plus, le caractère en fin de compte intéressé du mécénat.

(98) *Cfr* notamment article 10 de la loi du relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; article 8 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics; article 65 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

(99) *Cfr* le texte cité par J. LEROY, « *Sponsoring is verboden... of toch niet* », *Lokaal*, novembre 2008, p. 16.

soient sponsorisées¹⁰⁰ et que la VRT et plusieurs autres organismes publics se font sponsoriser pour leurs activités.

En revanche, des préoccupations d'ordre éthique ou politique dépassant le cadre de la réglementation sur les marchés publics, voire une certaine idée de la neutralité ou de l'impartialité érigés en principes généraux de droit, pourraient être invoqués pour justifier une certaine réserve des pouvoirs publics. L'interdiction flamande peut alors se comprendre sous cet angle, si elle vise par exemple à éviter de voir une commune ou une école porter les couleurs d'une entreprise.

8

Quelques enseignements du droit comparé

A. Mécénat et marchés publics en Grande-Bretagne

29. En droit anglais, le contrat à titre gratuit n'est en principe pas concevable : chaque engagement doit avoir une contrepartie (« consideration ») pour être juridiquement contraignant¹⁰¹. Cependant, s'il requiert une forme d'échange pour qu'il y ait contrat, le droit anglais n'impose pas que les contreparties réciproques soient équivalentes : le juge doit uniquement vérifier que la contrepartie a une valeur économique, mais il ne doit pas la quantifier, une valeur symbolique peut suffire¹⁰². Cette conception traverse très vraisemblablement le droit britannique des marchés publics, même si un auteur anglais souligne à juste titre que dans la pureté des principes, elle ne devrait pas interférer dans l'interprétation du droit dérivé des marchés publics¹⁰³ (cfr n° 21).

30. Une autre illustration de la difficulté de préciser le caractère onéreux d'un contrat public nous paraît pouvoir être trouvée à travers un litige traitant notamment de l'application du droit britannique et européen des marchés publics à la création d'une école¹⁰⁴. Dans le cadre

d'un plan national et pluriannuel visant à favoriser la création de nouveaux établissements scolaires, le ministre de l'Enseignement britannique a reçu de la loi le pouvoir de conclure un contrat avec le fondateur d'une école, sans passer par un appel à la concurrence. Le fondateur peut notamment être un groupement sans but lucratif, une institution religieuse, une université ou une entreprise¹⁰⁵. Le contrat ainsi conclu doit prévoir que l'État britannique rémunère le fondateur pour sa prise en charge de la constitution, de la construction et de la gestion de l'école, mais la loi précise que l'inscription à l'école doit être gratuite¹⁰⁶. La rémunération versée par l'État britannique peut donc ne couvrir qu'une partie des frais du fondateur. Tel était semble-t-il le cas en l'espèce : le fondateur était une université bien connue (University College London), qui avait décidé d'établir une école secondaire dans la commune de Camden et avait obtenu l'accord du ministre de l'Enseignement. L'université poursuivait apparemment un objectif philanthropique, mais refusait expressément la perspective d'une mise en concurrence avec d'autres fondateurs potentiels¹⁰⁷. L'auteur du recours faisait grief au ministre d'avoir conclu un contrat avec l'université sans respecter la législation britannique (hors Ecosse)¹⁰⁸ sur les marchés publics.

Le juge saisi retint deux motifs pour conclure à la non-application du droit des marchés publics : en premier lieu, selon lui, il n'y avait pas en l'espèce de « marché concurrentiel des services d'enseignement »¹⁰⁹; en second lieu, l'université, dès lors qu'elle agissait en qualité de fondateur d'une école, n'intervenait pas en tant qu'opérateur économique mais agissait dans le

cadre d'une démarche philanthropique¹¹⁰. À propos du second point, le juge britannique refusa expressément d'admettre qu'un avantage en termes d'image de marque puisse, dans le cas qui lui était soumis, constituer pour l'université une contrepartie économique significative, compte tenu des activités principales de celle-ci¹¹¹.

Tout en apportant une réponse catégorique à la question de la définition du caractère onéreux du marché public (cfr section 7), un passage du jugement nous paraît synthétiser les enjeux de celle-ci au regard des opérations de mécénat :

« He [le conseil du ministre de l'Enseignement] made good the point by posing the following rhetorical questions : (i) « Must an NHS hospital comply with the procurement rules before it accepts a benefactor's agreement to build a new unit in return for giving it the name of the benefactor? » and (ii) « If a wealthy individual or corporation wishes to make an agreement with the National Gallery to lend it a collection of artworks or to fund the building of a new gallery, must there be some form of publication about this proposal and an opportunity given for others to bid for the opportunity to lend art or to pay for a new gallery? » In my judgment, the answer is an emphatic « No » in each case and, as it seems to me, the situation with a sponsor's proposal to establish an academy is no different in principle »¹¹².

B. Mécénat et marchés publics en France

31. Le « mécénat en nature » ou « mécénat de compétence » est une notion de droit fiscal français¹¹³. Il est défini comme la mise à disposition ponctuelle et gracieuse de salariés, à une association d'intérêt général ayant un « caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environne-

(100) Cfr section 7, arrêt du Conseil d'État, cité à la note 85.

(101) Sur les assouplissements disponibles en pratique et qui réduisent les différences entre droit anglais et droits continentaux des contrats sur ce point, cfr notamment : H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON et S. VOGENAUER, *Cases, materials and text on contract law*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 61.

(102) Règle synthétisée par la formule : « Consideration must be sufficient but it need not be adequate » Cfr à ce propos : R. STONE, *The modern law of contract*, 8^e éd., Londers, Cavendish, 2009, pp. 112-114; A.-G. GUEST (dir.), *Chitty on Contracts*, vol. 1, 26^e éd., Londers, Sweet & Maxwell, 1989, n°s 163-167, pp. 163-166 (où il est souligné que la possibilité de recourir à une considération symbolique (*nominal consideration*) permet précisément de contourner l'exigence de considération).

(103) S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., Londers, Sweet & Maxwell, 2005, n° 6.19, p. 297.

(104) *Gillian Chandler v The London Borough of Camden* [2009] England and Wales High Court 219 (Admin.); [2009] European law reporter 615; [2009] Buttenworths Local Government Reports 417; [2009] Administrative Court Digest 50. Cette décision a été commentée par S.-H. BAILEY, « Judicial review, public procurement and the establishment of an academy : a

note on *Chandler v Camden LBC*; *Chandler v Secretary of State for Children, Schools and Families* », *Public procurement law review*, 2009, pp. NA160 et s. et par P. HENTY, « *Chandler v Camden LBC*; *Chandler v Secretary of State for Children, Schools and Families* », *Public procurement law review*, 2009, pp. NA167 et s. La décision commentée a fait l'objet d'un recours, mais la décision d'appel ne s'est prononcée que sur la question de l'intérêt à agir de la partie demanderesse (cfr S.H. BAILEY, « *Chandler in the Court of Appeal : the issue of standing* », *Public procurement law review*, 2010, pp. NA68 et s.

(105) S.H. BAILEY, *op. cit.*, *Public procurement law review*, 2009, p. NA161.

(106) Section 482.4 (a) Education Act 1996, tel qu'inséré par l'Education Act 2002 : « An agreement under this section shall make any payments by the Secretary of State dependent on the fulfilment of (a) conditions and requirements imposed for the purpose of securing that no charge is made in respect of admission to (or attendance at) the school or, subject to such exceptions as may be specified in the agreement, in respect of education provided at the school, and (b) such other conditions and requirements in relation to the school as are specified in the agreement ».

(107) Point 32 du jugement de la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administration Court).

(108) La législation britannique qui a transposé la directive 2004/18/CE est dénommée *Public Contracts Regulations 2006*, mais celle-ci n'est pas applicable en Ecosse, qui a adopté sa propre norme de transposition (*Explanatory memorandum to the Public Contracts Regulations 2006*, point 5.1).

(109) Points 176-190 du jugement de la High Court of Justice. Cfr en particulier les points 185-186 : « The crucial question in the present case therefore is whether there is anything that can realistically be described as a market for the setting up of academies [c'est-à-dire les écoles créées par un fondateur au sens de la s. 482 Education Act 1996, précité]. I have come to the firm conclusion that there is not and I reject Mr Thompson's [le conseil de la partie demanderesse] submissions to the contrary effect ». Pour une critique de ce point du jugement, cfr P. HENTY, *op. cit.*, *Public procurement law review*, 2009, p. NA169.

(110) Points 174-175 et 187-188 du jugement de la High Court of Justice.

(111) Point 175 : « Speculation that the sponsor might obtain some enhancement of its reputation or other indirect benefit from its association with an academy is, as it seems to me, insufficient to meet the argument as to the essentially non-economic nature of the agreement in question. As Mr Beloff [le conseil du Ministre de l'Enseignement] observed, [University College London] is unlikely to obtain any measurable economic benefit to its core activities of providing higher education and conducting academic scholarship from its public benefactor status as sponsor of the Camden Academy ».

(112) Point 187 du jugement de la High Court of Justice. Traduction libre : Le conseil du ministre de l'Enseignement pose à juste titre les questions rhétoriques suivantes : (i) un hôpital public doit-il respecter les règles des marchés publics avant d'accepter l'engagement d'un mécène de construire une nouvelle unité à condition de lui donner son propre nom? et (ii) si une personne ou une société fortunée souhaite conclure une convention avec la National Gallery pour lui prêter une collection d'œuvres d'art ou pour financer la construction d'une nouvelle aile dans ce musée, doit-il y avoir une quelconque forme de publicité à propos de cette offre et faut-il offrir à d'autres la possibilité de s'engager dans de telles opérations de mécénat? Selon moi, la réponse est un « non » catégorique dans les deux cas et, à mes yeux, le sort à réserver à l'offre d'un mécène proposant de créer une école n'est pas fondamentalement différent.

(113) Cfr loi française n° 2003-709 du 1^{er} août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations, *J.O.R.F.* du 2 août 2003; loi française n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, *J.O.R.F.* du 24 juillet 1987.

ment naturel », par une entreprise, dans le cadre d'un prêt de main-d'œuvre ou de la réalisation d'une prestation de service¹¹⁴. L'entreprise mécène bénéficie d'une réduction d'impôt de 60% du prix de revient de la prestation, c'est-à-dire de la valorisation du temps consacré par les salariés du mécène à la réalisation de l'opération de mécénat¹¹⁵. On comparera, en termes économiques, l'avantage fiscal ainsi accordé au régime fiscal belge actuel, notamment la déduction pour charges (cfr section 5).

Cette opération de mécénat ainsi entendue est qualifiée en droit français des contrats administratifs d'« offre de concours ». Ce terme — d'inspiration strictement doctrinale et jurisprudentielle — désigne « le contrat par lequel une personne — publique ou privée — offre à une collectivité une contribution en nature ou en argent en vue de la réalisation d'un travail public ou d'un ouvrage public »¹¹⁶. La contribution en argent ne soulève pas de problème en droit des marchés publics; seule la contribution en nature est visée ici (mécénat de compétence).

L'offre de concours suppose une « contribution gratuite, c'est-à-dire... sans contrepartie équivalente de la part du bénéficiaire de l'offre » mais cette contribution doit être « intéressée dans la mesure où l'offrant cherche à retirer de l'opération pour lui-même, et éventuellement pour des tiers, un avantage matériel ou même simplement moral »¹¹⁷ (ce caractère intéressé distingue d'ailleurs l'offre de concours de la donation avec charge)¹¹⁸. Une fois acceptée par le pouvoir public, l'offre de concours se mue en contrat; l'offrant est alors irrévocablement lié, alors que le pouvoir public peut renoncer sans frais à l'opération tant que les travaux n'ont pas débuté¹¹⁹.

Pour ce qui nous occupe, on notera que le titre onéreux — et donc le marché public — est ici exclu au motif que l'offre (du mécène) n'est pas compensée par une « prestation équivalente » du bénéficiaire¹²⁰. Cette solution de droit français ne préjuge cependant pas de celle que retiendra la Cour de justice dans son interprétation du droit dérivé des marchés publics (cfr n° 24).

(114) Cfr notamment article 238bis du Code français général des impôts et §§ 47 à 50 du *Bulletin officiel des impôts*, 4 C-5-04, n° 112 du 13 juillet 2004. Dans le cadre du prêt de main-d'œuvre, l'entreprise mécène conserve sa qualité d'employeur, mais la direction et le contrôle des salariés sont transférés au bénéficiaire, qui est alors responsable des conditions d'exécution du travail. Dans le cadre de la réalisation d'une prestation de service, le personnel reste sous la direction et le contrôle du mécène, qui garde la maîtrise de l'exécution du travail sur place.

(115) Cfr article 238bis du Code français général des impôts et §§ 47 à 50 du *Bulletin officiel des impôts*, 4 C-5-04, n° 112 du 13 juillet 2004 et documentation de base, 4 C 711.

(116) J. DUFAU, *Droit des travaux publics*, Paris, P.U.F., 1998, n° 65, p. 131. Pour une définition comparable, cfr : Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, P.U.F., 2004, n° 56; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^e éd., L.G.D.J., 2010, n° 132, p. 80.

(117) J. DUFAU, *op. cit.*, n° 66, p. 132. Dans le même sens : B. POUJADE, « L'offre de concours », *R.D.P.*, 1985, pp. 1631-1632.

(118) L. RICHER, *op. cit.*, n° 132, p. 80.

(119) J. DUFAU, *op. cit.*, n° 66, p. 133.

(120) B. POUJADE, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1985, p. 1631; J. DUFAU, *op. cit.*, n° 66, p. 132; conclusions du commissaire du gouvernement J.-J. LOUIS sur Cour administrative d'appel de Marseille, 28 juin 2004, *Ville de Nice et Trémois* (trois arrêts), *R.F.D.A.*, 2005, p. 393.

32. L'une des rares décisions de la jurisprudence française publiées sur le sujet portait sur la restauration de la galerie des glaces du château de Versailles par la société Vinci¹²¹. Le commissaire du gouvernement français s'est précisément fondé sur le caractère « gratuit » (contrepartie non équivalente) de l'opération pour considérer que le contrat de mécénat constituait une offre de concours (et non un marché public)¹²². Le tribunal administratif français ne s'est toutefois pas prononcé expressément sur la question. En tout cas, l'image de marque dont a bénéficié cette société mécène n'a pas été invoquée pour conclure à l'existence d'une contrepartie en sa faveur et à la qualification de marché public.

Un auteur belge commente cette décision et conclut également au caractère gratuit du mécénat¹²³ sans cependant (lui non plus) se prononcer sur la contrepartie liée à l'image de marque que le pouvoir public peut fournir au mécène. L'auteur estime toutefois que la solution retenue par la juridiction française serait en porte-à-faux avec la jurisprudence de la Cour de justice développée à propos des conventions de lotissement¹²⁴, mais il ne précise pas sa critique. À notre sens, la figure juridique du mandat retenue par la Cour de justice pour justifier sa solution à propos des conventions de lotissements n'est pas d'une grande aide pour la qualification de l'opération de mécénat puisqu'elle ne résoud pas le problème de la contrepartie.

Au demeurant, la doctrine française n'ignore pas le risque d'une (re)qualification d'une opération de mécénat en marché public :

« L'existence de contreparties à la prestation du mécène peut aussi entraîner un problème de qualification de l'opération, cette fois du point de vue du droit des marchés publics. Ces contreparties — subvention, association du nom du mécène, mise à disposition de salles — n'empêchent pas l'application du régime fiscal du mécénat à condition d'être d'une « disproportion marquée avec la valeur de la prestation rendue » ... Mais, dans la mesure où il y a abandon de recettes, le juge pourrait considérer qu'il y a marché public et à ce titre imposer une procédure de passation adéquate ... »¹²⁵.

(121) Tribunal administratif de Versailles (fr.), 18 juin 2004, *A.J.D.A.*, 2004, p. 2158.

(122) Conclusions du commissaire du gouvernement P. Légis sur Tribunal administratif de Versailles, 18 juin 2004, *Delteil*, *A.J.D.A.*, 2004, p. 2160.

(123) P. NIHOUL, « Les marchés publics et les œuvres d'art », in G. KEUTGEN (dir.), *L'art et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 187-188. À noter toutefois que cet auteur se fie, pour la qualification du mécénat comme contrat à titre gratuit à une analyse doctrinale (V. SIMONART, « L'entreprise et le mécénat », *R.D.C.*, 1992, pp. 578-579) dont un auteur a récemment démontré qu'elle devait être revue (A. RAYET, *Sponsoring et mécénat*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 23, 24, 35, 36 et 135, qui rejette le caractère gratuit du mécénat d'entreprise (et l'assimile donc au sponsoring).

(124) C.J.U.E., 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, *Rec.*, 2001, p. I-5409 (déjà cité).

(125) L. CLUZEL-METAYER, « Le mécénat au soutien des institutions publiques », in J.-B. AUBY et P. LIGNIÈRES (dir.), *Fiche pratique - Droit administratif*, n° 4, avril 2009, prat. 3, qui souligne également le risque de la gestion de fait (au sens de maniement irrégulier des deniers publics par des personnes privées non habilitées). Cfr également A. SEVINO, « Le mécénat public : entre libéralité et marchés publics », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 1802 et s.; J.-L. DREYFUS, « La requalification d'une convention de sponsoring en marché public », *A.J.D.A.*, 2007, pp. 808 et s.

Le mécénat de compétence/offre de concours paraît en tout cas largement admis par la pratique française. En témoigne ce passage figurant dans plusieurs avis de marché relatifs à des marchés publics de travaux (aménagement scénographique d'expositions temporaires) lancés par la Réunion des musées nationaux¹²⁶ :

« Les candidats pourront proposer un mécénat de compétence sur tout ou partie des prestations dans le cadre de leur réponse à la présente consultation. La proposition de mécénat transmise sera analysée comme une remise sur le prix de la prestation proposée et n'influera que sur le critère « prix » dans le processus de sélection finale. Le coût des prestations faisant l'objet du mécénat doit être exprimé en prix de revient ».

9

Conclusion

33. Le mécénat pourrait presque être défini à la façon d'un oxymore : ce pourrait notamment être un « contrat d'entreprise » ou un « marché public » sans contrepartie versée par le maître de l'ouvrage ou pouvoir adjudicateur. Ces expressions n'ont aucun sens puisque le caractère onéreux relève de l'essence même du contrat d'entreprise et du marché public. Elles nous permettent cependant de souligner que, du point de vue strictement juridique, le mécénat ne se distingue de ces contrats — ou d'autres contrats nommés — que par son caractère gratuit. Seule la gratuité fait basculer le mécénat dans la catégorie des contrats innomés.

34. La difficulté survient lorsqu'il s'agit de définir cette gratuité¹²⁷. À cet égard, le droit civil hésite entre l'absence de toute contrepartie de la part du bénéficiaire ou l'absence d'équivalence entre des prestations réciproques.

Faisant écho au droit des sociétés, le droit fiscal retient plutôt le caractère professionnel de la dépense du mécène, l'équivalence n'étant pas requise *a priori* tant que l'opération de mécénat procure des revenus à l'entreprise mécène. Le droit des sociétés admet en effet la validité d'une telle opération si elle contribue — même de manière hypothétique — à l'enrichissement des associés ou actionnaires.

Le sort réservé au mécénat par le droit de la concurrence sera fondamentalement fonction d'une analyse du marché en cause, ainsi que du comportement concret de l'entreprise mécène ou du pouvoir public. La gratuité ne sera à cet égard qu'un élément parmi d'autres.

(126) Il s'agit d'un « établissement public à caractère industriel et commercial » pour reprendre l'appellation française, regroupant plus d'une trentaine de musées prestigieux, dont le musée de Cluny, le château de Fontainebleau, le musée d'Orsay, le Musée Picasso, etc.

(127) La gratuité est parfois définie de manière sévère : la Cour de cassation a ainsi jugé que « pour déterminer le caractère gratuit d'une sûreté personnelle [au sens de l'article 80, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites], il y a lieu d'examiner si celui qui a constitué la sûreté retire un avantage économique, tant directement qu'indirectement, de cette constitution » (Cass., 26 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1685; *Rev. dr. ULg.*, 2009, p. 273; *R.P.S.*, 2008, p. 84; *R.W.*, 2008-2009, pp. 45 et 365; *R.G.D.C.*, 2008, p. 476; *R.D.C.*, 2008, p. 728).

Comme en droit civil, elle joue en revanche un rôle déterminant en droit des marchés publics. Si le pouvoir public n'accorde aucune contrepartie — pas même en termes d'image de marque — au mécène, l'opération sera indubitablement à caractère gratuit et échappera à la réglementation sur les marchés publics et à l'obligation générale de mise en concurrence. Si en revanche, une contrepartie — telle qu'un avantage en termes d'image de marque, même symbolique — est prévue en faveur du mécène, les parties seront confrontées à la question — non encore résolue par la Cour de justice — de savoir si l'absence d'équivalence entre les prestations du pouvoir public bénéficiaire et du mécène permettra de conclure au caractère gratuit de l'opération.

À cet égard, l'extension de l'obligation de mise en concurrence est susceptible de remettre en cause le principe de la conduite de certaines opérations menées à l'initiative de certains opérateurs économiques, lorsque d'autres seraient susceptibles d'offrir les mêmes cadeaux pour en retirer les mêmes avantages. L'extension de la logique de marché devient paradoxale, puisqu'elle contrarie le sentiment pour le mécène d'être un partenaire privilégié, considération qui paraît servir d'aiguillon à la « générosité » des entreprises.

35. Dans une économie de marché, la gratuité est-elle concevable dans le chef d'un opérateur économique prétendant réaliser une opération de mécénat? Outre les éventuels avantages directs octroyés au mécène par le bénéficiaire en vertu d'un contrat (exclusivité, paiement d'une somme d'argent, etc.), les avantages indirects procurés au mécène par une telle opération peuvent en effet être très divers : un avantage en termes d'image de marque, une relation de confiance avec le pouvoir public bénéficiaire, un instrument de gestion interne — en ce que la participation à un projet prestigieux peut motiver le personnel — voire des avantages spéculatifs (cas pittoresque du mécène cédant une partie de sa collection d'œuvres d'art à une institution publique pour réduire l'offre desdites œuvres sur le marché de l'art et faire monter le prix de celles qu'il conserve)¹²⁸. Faut-il conclure à un caractère onéreux dès que l'on est en présence de l'un de ces avantages? Ou vaut-il mieux n'aboutir à une telle conclusion que si les avantages précités (directs ou indirects) sont équivalents à la prestation du mécène? Telle est en définitive, la question à laquelle devra sans doute un jour répondre la Cour de justice pour clarifier le champ d'application du droit des marchés publics aux opérations de mécénat.

Ann Lawrence DURVIAUX
Professeur à l'Université de Liège
Avocat

Thierry DELVAUX
Assistant à l'Université de Liège
Avocat

COUR CONSTITUTIONNELLE. — Juges. — Indépendance et impartialité. — Demande de récusation (article 101, L. spéc. 6 janvier 1989). — Notion d'impartialité objective. — Particularités du contentieux constitutionnel. — Composition équilibrée de la Cour constitutionnelle. — Absence de récusation pour cause d'activités académiques. — Absence de récusation pour cause d'appartenance à la franc-maçonnerie. — Absence de récusation pour opinion émise par un juge dans des ouvrages. — Absence de comportement justifiant une suspicion.

Cour const., 13 octobre 2009

Siég. : M. Bossuyt (prés.), E. De Groot, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, J. Spreutels et T. Merckx-Van Goey.

Plaid. : MM^{es} L. Walley, R. Tournicourt, L. Deceuninck et P. De Roo loco C. Siffert.

(Arrêt n° 157/2009).

Les demandes de récusation doivent être traitées de manière telle qu'elles ne puissent entraîner une paralysie de la justice ou un regard excessif dans l'administration de celle-ci.

La nature particulière du contentieux constitutionnel distingue une Cour constitutionnelle des cours et tribunaux ordinaires et des juridictions administratives. En effet, une Cour constitutionnelle ne statue pas sur les prétentions des parties au procès, mais juge uniquement in abstracto si les dispositions législatives applicables sont conformes aux règles au regard desquelles elle peut procéder à un contrôle.

Le législateur spécial a voulu que la Cour soit composée de manière équilibrée, tant sur les plans linguistique, politique et professionnel. De tels équilibres constituent une garantie d'impartialité.

Ni l'appartenance d'un juge constitutionnel à une centre de recherche universitaire, ni une sympathie politique ou à l'égard d'associations, telle la franc-maçonnerie, ni l'exercice préalable d'un mandat parlementaire, ni des opinions émises dans des ouvrages ou dans de précédentes décisions ne peuvent, en soi, justifier une récusation.

(Extraits)

II. En droit.

En ce qui concerne le président Paul Martens.

A.1. Les récusants font valoir que le président Paul Martens a fait partie, au moment du dé-

roulement de la procédure ayant donné lieu aux questions préjudicielles, du Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles. Ce centre a été dirigé par Annemie Schaus, avocate des parties requérantes originaires dans la procédure devant le Conseil d'État qui avait pour objet le retrait de la dotation publique au parti politique « Vlaams Belang ». A. Schaus est actuellement toujours attachée au Centre de droit public. Les récusants soulignent par ailleurs qu'un des principaux domaines de recherche de ce centre est « la lutte contre l'extrême droite ».

A.2. Ils soutiennent que, d'une part, le lien entre un juge à la Cour et une avocate dans l'instance principale originaire, d'autre part, le thème de recherche « lutte contre l'extrême droite », mentionné sur le site internet du Centre de droit public, peuvent susciter la crainte légitime, chez les parties au procès et chez des tiers, que l'impartialité objective du président Martens soit compromise en l'occurrence.

Ils ajoutent que le simple fait que le nom du président Paul Martens ne figure plus sur le site internet du Centre de droit public n'y change rien, puisque cette suppression pourrait être temporaire.

A.3. Les récusants renvoient à l'arrêt du Conseil d'État n° 169.314 du 22 mars 2007, dans lequel celui-ci a estimé, en ce qui concerne l'instance principale, que la demande de récusation à l'égard de deux conseillers d'État qui faisaient également partie du Centre de droit public était, pour ces motifs, fondée. La procédure qui se déroule devant la Cour constitutionnelle étant étroitement liée à celle qui est engagée devant le Conseil d'État et étant même déterminante pour l'issue de cette dernière, les arguments qui ont convaincu le Conseil d'État doivent, à leur estime, également valoir pour la Cour constitutionnelle.

En ce qui concerne le juge Roger Henneuse.

A.4. Les récusants font d'abord valoir qu'en contravention à l'article 44 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, le juge Roger Henneuse exercerait une fonction ou charge publique d'ordre politique ou administratif. Il aurait été désigné par un arrêté du gouvernement wallon du 12 septembre 2002 en qualité de membre de la commission de gestion du parc naturel « Plaines de l'Escaut ».

Ils soutiennent que depuis les accords du Lambert, la Région wallonne dépend pour 74,9% de ses moyens, de l'autorité fédérale, qui est concernée par le présent procès, puisque l'enjeu de celui-ci est la suppression de la dotation publique allouée au « Vlaams Belang ». De même, le lien du juge Henneuse avec le pouvoir exécutif violerait le principe de la séparation des pouvoirs.

A.5. En second lieu, les récusants font valoir que le juge Henneuse ferait partie du « Dialogue euro-arabe ». En cette qualité, il aurait publié, lorsqu'il était parlementaire, une contribution intitulée « Overall situation of Arab Immigrants » dans l'ouvrage *Arab immigrants and muslims in Europe*.

Ils soutiennent que les positions de « Dialogue euro-arabe », à savoir « le maintien du groupe des musulmans en Europe, dans le

(128) Cfr les conclusions du commissaire du gouvernement J.-J. LOUIS sur Cour administrative d'appel de Marseille, 28 juin 2004, *Ville de Nice et Trémois* (trois arrêts), *R.F.D.A.*, 2005, p. 393.